

ドイツにおける基本権の統合性理論と我が国における理論的展開

太 田 照 美

はしがき

第1章 ドイツにおける基本権の統合性請求権 (Integrietaetsanspruch)

第2章 我が国における人権の統合性の展開 —— とくに判例の展開 ——
おわりに

は し が き

ドイツでは、基本権の統合性 (Integrietaet) の確立、すなわち、基本権が侵害されようとしたら差し止めを、侵害されたら原状回復を、原状回復が不可能なら損害賠償を請求できるとの統合的基本権論 (Integrietaet des Grundrechts) が説かれている^①。それにより、基本権の存在あるいは存立そのものが強く保障されている。換言すれば、基本権の侵害は受忍して、その代わり補償で満足せよではなく、基本権の存在自体が保障される。このように、ドイツでは基本権がいっそう武装化^②または強化され、基本権は統合性請求権 (Integrietaetsanspruch) として包括的な能力が付与されつつ

ある。⁽³⁾

そして基本権の統合性に対応して、裁判所による救済手段は、行政訴訟として、取消訴訟、無効確認訴訟、給付訴訟、差止訴訟、義務付け訴訟および公法上の法律関係に関する確認訴訟等の多様な訴訟類型が存在するばかりでなく、⁽⁴⁾その他民事上の損害賠償請求訴訟等が存在している。また、ドイツにおいては、一般の行政訴訟として行政裁判所による行政訴訟は年間およそ三〇数万件が提起されているとされる。⁽⁵⁾

このように、ドイツでは憲法レベルの基本権の統合性保障と、行政法レベルの救済がきわめて良く対応していることが分かる。

この点、我が国の状況はどうであろうか。たしかに日本国憲法上の基本的人権は、今日強く保護されてきている。しかし、ドイツのように、「基本権が侵害されようとしたら差し止めを、侵害されたら原状回復を、原状回復が不可能なら損害賠償を」という統合性が尊重されているのであろうか。この問題に関して、平成一六年の行政事件訴訟法の改正により、行政事件訴訟法の救済手段として、差止訴訟や義務付け訴訟および公法上の法律関係に関する確認訴訟が法定化された。これらにより、基本的人権が侵害されそうになったら差止訴訟を提起して人権の存在・存立そのものを守ることができるようになった。あるいは義務付け訴訟により、直接人権の存在や存立の保障のために、行政庁に対する規制権限の発動を裁判所に対して求めることができるようになった。

実際に、我が国において、裁判所が行政に対する差し止めや義務付けを認容する例が増えている。⁽⁶⁾しかも原状回復を命ずる判決もできてきた。⁽⁷⁾もちろん損害賠償を命ずる判決も増えてきている。かくして、我が国においても、ドイツのように、「基本権が侵害されようとしたら差し止めを、侵害されたら原状回復を、原状回復が不可能なら損害賠償を」という基本的人権の統合性が尊重される方向に力強く進みつつある。本稿は、我が国における人権そのものの存在あるい

(1) 太田照美『ドイツにおける公法上の結果除去請求権の研究』(二〇〇八年、有信堂高文社) 四頁参照。関連して、高木光教

五〇頁参照。

(2) 太田・前掲書四頁、一一頁参照。

(3) 太田・前掲書一一頁参照。

(4) 高木教授によれば、「また、『一般的給付訴訟』は、行政行為の差止訴訟の受け皿でもある。この場合、重要なのは、『一般的給付訴訟』という訴訟類型について、行政裁判所法等に特別の規定が置かれていないが、それを利用できることは当然とされることである。すなわち、そこでは『権利あるところ救済あり』という発想がされるのである。そして、この場合、『権利』ありという部分で説得された裁判所は、訴訟類型についてこだわることなく救済を与えるという対応をする可能性が高くなる。このように『実体権構成』への志向は、実践的にみれば、『実体権』を解釈論によって創出することにより、訴訟法の制約による『隠された列記主義』を克服する機能を有しているとみることができる。」とされている。
高木・前掲書五六頁参照。

(5) 高木光『行政訴訟論』(二〇〇五年、有斐閣) 六頁。ただし、旧西ドイツにおける一九九〇年当時の統計(一九八六年から一九八八年分)による。高木・前掲書一〇頁(註15) 参照。ちなみに、我が国では、二〇〇五年頃の状況として、行政訴訟の数は、一一〇〇件前後であるとされている。高木・前掲書六頁参照。

(6) 後で紹介するように、二〇一四年五月二一日横浜地裁は、厚木基地自衛隊機の飛行差し止め請求について、行政訴訟による差止訴訟を認容して、公権力の行使を差し止める判決を言い渡している。また、平成二四年二月九日の最高裁判決は、東京都公立学校君が代斉唱事件(判例時報二一五二号二四頁、判例タイムズ一三七一号九九頁)において、行政事件訴訟法三条七項による懲戒処分差止訴訟提起を適法としている。

(7) 二〇一四年五月二九日、大阪地裁は、持ち主不明の年金記録が約五〇〇〇万件に上った「年金記録問題」の発覚(二〇〇七年)後、社会保険事務所の対応を違法として時効の適用を認めず、年金支給を命じた。このことは原状回復を認めたことに関連しているよう。

(8) 塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版〕』(二〇一〇年、有斐閣) 二四四頁参照。

第1章 ドイツにおける基本権の統合性請求権 (Integritätsanspruch)

ドイツでは、前述のように、基本権の統合性 (Integrität) が確立され、基本権が①侵害されようとしたら差し止めを、②侵害されたら原状回復を、③原状回復が不可能なら損害賠償を要求できるとされ、これにより基本権の完全性を志向する統合性が尊重される。

一 侵害の差し止めと憲法上の理論

ドイツの教科書には、不作為請求権 (Unterlassungsanspruch) が国民に与えられると説明されている。たとえば、バツラ教授の著書『国家法』によれば、基本権の侵害において法律上の授權を欠くときには、国民は公権力に対して不作為請求権を有するとされている。⁽⁹⁾ 高木光教授によれば、「このような発想は、実は、わが国の学説においても従来から共有されてきたとみられる。無名抗告訴訟の許容性について消極的であった田中博士の説が、義務付け訴訟については『全面否定説』であったのに対し、差止訴訟については『制限的肯定説』であった⁽¹⁰⁾」としてゐる。さらに高木教授によれば、「塩野教授の以下のような説明にも同様の背景を認めることができよう」とされ、塩野教授の次のような説を引用される。すなわち、「公権力の行使による侵害を未然に防ぐという意味において、差止訴訟は法治国原理に結合が容易であるという側面をもとと持っている……」。(差止訴訟は給付訴訟の典型例の一つであること、法定外抗告訴訟の一類型として、一般論としてはその許容性は学説・判例の一致するところであったこと等、義務付け訴訟で述べたところ、差止訴訟については一層よく当てはまる⁽¹¹⁾)と。

憲法学者である、井上典之教授も、「自由権によって保護される利益が侵害された場合には、その本質的屬性から、

国家の干渉・妨害を排除するための不作為請求権が発生するということになるのであろう。」とされ、人権に不作為請求権を認められる⁽¹²⁾。

二 侵害に対して原状回復請求権を認める憲法上の理論

(一) ドイツでは、基本権侵害の場合、まず侵害の時点において存在していた状態の回復、すなわち元々あった法状態の原状回復を求める請求権が保障される。基本権の侵害に対して、まず「受忍せよ、そして補償ですませよ (dulde und liquidiere)」⁽¹⁴⁾ではなく、権利そのものの存在・存立の回復を求める権利が保障されるのである。

我が国においても、取消訴訟により、原状回復が実現されうる⁽¹⁵⁾。しかしドイツでは、行政法上の結果除去請求権⁽¹⁶⁾ (Folgebeseitigungsanspruch) により原状回復請求権が憲法上定着している。原状回復請求権にとって、行政行為の発布が必要なきには、義務付け訴訟が提起されなければならないが、その他の場合には給付訴訟が提起されなければならない⁽¹⁷⁾。このように、結果除去請求権あるいは原状回復請求権にとって、義務付け訴訟や給付訴訟制度の存在が重要となる。

(二) 義務付け訴訟と憲法上の地位

塩野教授によれば、高木教授の説を取り上げられ、「義務付け訴訟および差止訴訟の性質に関する学説の状況については、高木光『義務付け訴訟・差止訴訟』新構想Ⅲ四七頁以下が参考になる。同論文は、義務付け・差止訴訟につき給付訴訟説を採る点で、本書と軌を一にするが、その際、個別の給付請求権の前提として、包括的行政行為介入請求権を措定し、さらに、それはドイツの『基本権保護義務』の丸ごとの承認になりかねないとしている⁽¹⁸⁾」。しかし、塩野教授

は、高木説を批判的に分析されている。すなわち、「しかし、改正法における義務付け訴訟、差止訴訟の法定は、具体的な個別行政法規の解釈上、行政主体の公権力の発動（または発動しないこと）を求める権利が原告に認められることを前提としているので、このことを承認するに当たり、包括的行政行為介入請求権、基本権保護義務を前提とする論理的必然性はない。すでに、明治憲法下において、個人的公権の一種として、特定の行政行為を要求する権利の存在が主張されていたところである（美濃部・日本行政法上巻一二六頁）。また、改正前の行政事件訴訟法の下での無名抗告訴訟消極論も、個人的公権の存在そのものを否定したのではなく、論者の理解する三権分立論による行政庁の第一次判断権の尊重の故の帰結である。その意味では、義務付け訴訟、差止訴訟の訴訟法上の法定は、公権力の発動に関する私人の実体法上の権利の承認という日本の従来の学説の延長線上のものであつて、無名抗告訴訟否定論者もこれが制定法により認められた場合には、形成訴訟ではなくして、給付訴訟として説明することになると思われる（高木・前掲論文・新構想Ⅲ五六頁も、従来からのわが国学説の実体権構成を指摘している）」¹⁹と。このように、塩野教授は、「改正法における義務付け訴訟、差止訴訟の法定は、具体的な個別行政法規の解釈上、行政主体の公権力の発動（または発動しないこと）を求める権利が原告に認められることを前提としている」とされている。この公権力の発動（または発動しないこと）を求める権利を憲法上の権利というかどうかは別にして、少なくとも憲法上の地位ということはできると私は考えた。

さらに塩野教授によれば、「なお、義務付け訴訟を形成訴訟と理解する立場からは、義務付け訴訟等は、『本来的には義務のないところに義務を創設する形成訴訟として把握される』という説明がなされることがある（山本和彦〈行政事件訴訟法の改正について——民事訴訟法学者から見た感想〉ジュリスト一二七七号「二〇〇四年」三七頁。同趣旨、高安秀明「差止訴訟」園部・芝池・理論と実務一九四頁）。言うところの『本来的には義務がない』という趣旨が、本

来国は公権力の行使に関しては国民に義務を負わないということを意味するならば、それは、右に述べてきたように明治憲法以来の日本の学説・判例を無視するもので、これに与することはできない。そうではなく、当該義務（国民からすると権利）の成立要件は、技術的には個別法の定める法規の仕組み解釈に待たなければならないし、加えて要件についても行政事件訴訟法で定める部分があるので、これは、民事実体法が想定する給付訴訟等に当てはまらないので、差し当たり形成訴訟の中に位置づけるというのであれば、それは分類的整理以上の意味を持たない。」とされている。⁽²⁰⁾

以上のように、塩野教授の述べられるように、我が国では、「すでに、明治憲法下において、個人的公権の一種として、特定の行政行為を要求する権利の存在が主張されていたところである。」。そうすると、ドイツにおいても、ゲルバー、ゲオルグ・イエリネックの公権論⁽²¹⁾以来、一貫して特定の行政行為を要求する権利の存在が認められていたと考えられよう。⁽²²⁾そしてゲオルグ・イエリネックに遡るとされる地位の学説は、今日なおドイツの基本権解釈学に有意義に用いられている。⁽²³⁾

(三) 侵害と国家補償請求権

ドイツの基本権の統合性請求権理論によれば、前述のように、(2) 侵害されたら原状回復を、(3) 原状回復が不可能なら損害賠償を要求できるとされる。

しかし、ドイツでは長らく、「受忍せよ、そして補償を求めよ」との法格言が伝統的に存在していた。けれどもドイツにおいて、この原理は、現在では克服されているところである。⁽²⁴⁾ところで、我が国では、昭和五六年の大阪国際空港飛行差止訴訟における大法廷判決でも明らかなように、「航空行政権」という公権力が構成され、民事上の飛行差止訴訟が否定されたが、損害賠償は一定の範囲で認容されている。平成五年の厚木基地自衛隊機の飛行差止訴訟最高裁判決

においても、公権力の存在が認められ、民事の差止訴訟が否定されるが、損害賠償請求は認められたのである。これらを見ると、我が国では、少なくともこれまでは、「受忍せよ、そして補償を求めよ」との法格言が存続してきたように思われる。ところが、近年、取消訴訟における取消判決のみならず、差止訴訟や義務付け訴訟において請求を認容する判決が続出している。²³⁾ 金銭による補償で済ませるのではなく、実体的権利の存立そのものが尊重される事態が顕著に見られるようになってきた。我が国でも、「受忍せよ、そして補償を求めよ」との思想は最早過去のものになりつつあると言いつ得るのではないだろうか。

以上のことから、私は、ドイツのように、我が国も基本権（基本的人権）の統合性（Integrität）が確立され、基本権が①侵害されようとしたら差し止めを、②侵害されたら原状回復を、③原状回復が不可能なら損害賠償を要求できるとされ、これにより基本権の統合性が尊重されるとの基本権の武装化が実現されつつあると言いたいのである。

註

- (9) Vgl. Peter Badura, STAATSRRECHT, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes fuer die Bundesrepublik Deutschland, 4. neubearbeitete Auflage, 2010, Verlag C. H. Beck Muenchen, C 18 S. 119; なお、トウラーの行政法教科書にも、不作為請求権に関する記述がある。Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, S. 53, 814.
- (10) 高木光「義務付け訴訟・差止訴訟」『行政法の新構想Ⅲ・行政救済法』四九頁～五〇頁参照。
- (11) 高木・前掲書五六頁参照。
- (12) 井上典之『司法的人権救済論』（一九九二年、信山社）一六九頁以下参照。
- (13) この点、太田・前掲書二三三頁参照。なお、結果除去請求権の内容については、太田・前掲書一〇一頁以下で詳しく論じている。
- (14) この法原理に関しては、太田・前掲書二九〇頁以下で論じている。

- (15) 塩野宏教授は、取消訴訟・取消判決の原状回復機能をつとに強調される。塩野・前掲書八八頁、一八二頁参照。
- (16) 行政法上の結果除去請求権の法的根拠、内容およびその範囲等については本稿では考察の対象にしないが、詳細は、太田・前掲書四八頁以下を参照していただきたい。
- (17) 太田・前掲書二六頁参照。
- (18) 塩野・前掲書二二六頁参照。
- (19) 塩野・前掲書二三五頁～二三六頁参照。
- (20) 塩野・前掲書二二六頁参照。
- (21) ドイツの公権論について、そして公権論と基本権の関係等について、近年の優れた業績として、中川義朗『ドイツ公権論の展開と課題——個人の公法的地位論とその権利保護を中心として——』（一九九三年、法律文化社）参照。公権論と基本権の関係については、とくに中川・前掲書三二一頁以下参照。ところで塩野教授は、オットー・マイヤーの公権論について、「マイヤーは公権を定義して『公権とは公権力の一部に対する力として表象さるべきものであって、権利者（Berechtigte）の利益のために法秩序によって権利者に与えられるもの』……と述べる。学説史的にみれば、この定義は、個人の公権の存在に対する否定的見解が法治国の成立とともに維持されなくなり、ゲルバー、G・イエリネック等の国法学者により公法の中心概念として確立されたという事実を前提したものということができる。それは、マイヤーが法規の二面的拘束力を法治国の要請としたことからの論理的帰結でもあった。」（塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』（一九六二年、有斐閣）一四八頁～一四九頁参照）とされ、マイヤーの場合、公権は法治国家原理から由来すると分析されている。
- (22) このように、ドイツや我が国においても、古くから個人的公権の一種として特定の行政行為を要求する権利の存在が主張されていたことを認めるなら、この権利について、ドイツのアレクシーの理論である広義の給付を求める権利を参考にしながら考えると、衡量基準にならって、最も強い場合は、拘束的な主観的確定の規範として主観的権利を認める場合や、最も弱いものとしては非拘束的な客観的原理的規範として単に国家に客観的原理的に義務を課す場合等が様々な形で現れるということになるであろう。アレクシーの理論については、村上武則『給付行政の理論』（二〇〇二年、有信堂高文社）三二六頁以下（とくに三二三頁）参照。
- (23) 太田・前掲書六一頁以下、九一頁（註119）等を参照。

- (24) ドイツでは、長らく続いたこの思想は、連邦憲法裁判所決定（砂利採取事件決定）により否定された。この点、太田・前掲書二九〇頁以下参照。なお、連邦憲法裁判所決定（「砂利採取事件決定」(Kassauskiesung-Fall, BVerfGE 58, 300, Beschluss v. 15. 7. 1981)）については、西瑛章「憲法上の所有権概念と地下水利用権——砂利採取事件——」ドイツ判例研究会編『ドイツの憲法判例（第二版）』（二〇〇三年、信山社）三二三頁以下参照。この決定により、まずは主要な権利の保護のために侵害行為を争うべきであるということが要求される。このように、侵害行為を争うかわりに補償を求めるという選択は許されなくなったのである。ドイツでは連邦憲法裁判所が、「主要な権利の保護の優先の原則」(Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes)を提起し、市民は、財産権の違法な侵害に対しては、まず侵害行為に対して自分で争う第一次的義務を課した。その際、侵害の防禦のかわりに補償を要求する選択権は市民には与えられなかった。この結果、ドイツでは主要な権利保護のために争うことのできる相応の請求権規範が与えられるべきことになり、それがまさしく結果除去請求権とされる。さらに、連邦最高裁判所(BGH)も、そのような理解に従い、婉曲的ながら、『受忍せよ、そして補償を求めよ』という原則に承認を与えることを拒否したという。以上の内容について、太田・前掲書二九〇頁～二九一頁参照。

- (25) さしあたり毎年度のジュリスト重要判例百選・行政法を参照すると明らかであろう。

第2章 我が国における人権の統合性の展開 ——— とくに判例の展開 ———

ここで統合性というのは、前述のように、基本権が①侵害されようとしたら差し止めを、②侵害されたら原状回復を、③原状回復が不可能なら損害賠償を要求できるとされ、これにより基本権の統合性が尊重されるとの基本権の武装化の意味で理解している。

一 差止訴訟認容判決の展開

近年、行政事件訴訟法三条七項に関連する差止訴訟認容判決が増えている。そこで、重要と思われるいくつかの判例を取り上げ、その内容を概観してみたい。

(二) 輦の浦景観訴訟認可差止判決

(1) まず、平成二十一年一〇月一日の広島地裁判決⁽²⁶⁾が注目される。すなわち、「さる二〇〇九年一〇月一日広島地裁は行政事件訴訟法三七条の四に基づいて差止請求を認容する判決を下した。同条は、処分の差止訴訟の訴訟要件として①損害の重大性、②補充性、③原告適格を定めるが、同判決によれば、輦の浦の景観は、美しいだけでなく、歴史的、文化的価値を有し、近接する地域内に住み、その恵沢を日常的に享受する住民の景観利益は法律上保護に値し、公有水面埋立法は、景観利益を保護に値する個別利益として含むと解釈される。また、住民は景観による恵沢を日常的に享受しており、法律上の利益を有するとされ、埋め立てられれば、景観利益について重大な損害を生ずるおそれがあると認められ、これを避ける他の適当な方法があるともいえないとされた。従って、景観利益を有する者の訴えは適法であるとされたのである。」

次に本案勝訴要件について、「調査や検討が不十分であったり、判断が不合理である場合には、埋め立て免許は合理性を欠き、裁量権の範囲を超えること、などを指摘して、裁量権の濫用」があるとしたうえで、広島地裁は、「埋立事業計画の必要性や公共性の根拠について調査や検討が不十分か、一定の必要性や公共性があったとしてもそれだけでは埋め立てを肯定する合理性を欠くのであり、よって知事が埋め立て免許を出すのは行政訴訟法の裁量権の逸脱にあたり、これを差し止めるとした。」⁽²⁷⁾

(2) この広島地裁判決に対しては、かなり多くの批判が提起されている。たとえば、①本判決は公水法三条三項に基づく利害関係人による意見書の提出手続を個別保護性の論拠の一つとしたが、同法に基づき意見書の提出が認められる利害関係人の範囲に制限はなく、景観利益の個別保護性の論拠としては弱い、②本判決は、上記公水法の規定に加えて、瀬戸内法やこれに基づく計画における住民参加手続に関する規定を、個別保護要件を肯定する論拠としたが、一府県以上の広域に関し、非常に多様な分野について一般的な原則を述べる瀬戸内法により個別保護要件が認められるかは、疑わしい、③本判決は、鞆町の居住者全員に原告適格を認め、原告の範囲を広く画定した。行政区画により原告適格を有する者の範囲を決定したその具体的根拠は必ずしも明らかでない、とする等の批判である。⁽²⁸⁾さらに高木光教授も、詳細に問題点を指摘されているところである。⁽²⁹⁾

(3) たしかに、この広島地裁判決には法解釈的に問題が存在するかもしれない。しかし、私は、自然景観保護について、公権力の行使たる知事の埋立免許に対して差止判決を言い渡したことは極めて大きな意義があると考ええる。法解釈的な問題について、たとえば鞆町の居住者全員に原告適格を認め、原告の範囲を広く画定したとの批判に対して、私は、自然景観の法的性質からみて、広く解する広島地裁の考えに賛成である。また一般的な原則を述べる瀬戸内法により個別保護要件が認められるかは、疑わしいとして批判されているが、瀬戸内海の特質上、一府県以上の広域が関わってくるのは至極当然であって、しかも海の汚濁による被害は広域に亘るのであるから、個人の個別利益の侵害に直接に関わってくるのである以上、個別保護要件を認めることは決して行き過ぎではないと考えるのである。

むしろ、私は、亘理教授の評価を支持したい。すなわち、亘理教授によれば、「本景観利益が住民にとって『法律上の利益』(行訴三七条の四第三項・四項)に該当することを認めた本判決の理由づけは、『鞆の景観』が良好な景観とし

て『客観的な価値』を有しており、『このような客観的な価値を有する良好な観の景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者の景観利益は、私法上の法律関係において、法律上保護に値する』として、まず観の景観利益に私法上の保護利益性を認めた上で、公有水面埋立法および瀬戸内海環境保全特別措置法の関係諸規定の趣旨を考慮し、さらに『観の景観』が有する『価値及び回復困難性』等を加味した総合勘案により、当該私法上の景観利益が行政事件訴訟法上の『法律上の利益』をも構成するというものである。原告適格に関する本判決理由の最大の特徴は、このような二段構えの慎重な論理構成をとった点にある。また、重大な損害発生のおそれおよび補充性要件（同条一項）について、本判決は、本件事業が実施された場合に生ずる景観利益の損害は、埋立免許後の取消訴訟および執行停止の申立てによって十分な救済が得られない性質の損害に当たるとの理由から、上記二つの要件いずれも満たしていると判示した。他方、本案判断（同条五項）において、判決は、『観の景観の価値』が『私法上保護されるべき利益』であると同時に、瀬戸内海の美的景観を構成し文化的・歴史的価値を有する景観として『いわば国民の財産ともいえるべき公益』でもあり、本件事業完成後に復元することが『まず不可能となる性質』の公益であるという点を強調する。そして、そのような優れた公益として瀬戸内法等により保護された本件景観を侵害する事業実施の政策判断は『慎重になされるべき』ものであるにもかかわらず、本件事業計画の拠り所とされた調査・検討には不十分な点が多々あり、また本件埋立の必要性を認めるに十分な合理的理由が示されていないとして、差止請求認容の結論を導いた。以上により、本判決は、公益であると同時に個別的保護利益でもある景観利益の特質に即した訴訟的救済のあり方を示した貴重な判決例であり、また、二〇〇四年行政事件訴訟法改正により新設された差止訴訟に関する規定の積極的活用例として、今後多面的検討の対象となるべき判決例である。³⁰と評価されている。

とりわけ、亘理教授の指摘される「客観的な価値を有する良好な観の景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日

常に享受している者の景観利益は、私法上の法律関係において、法律上保護に値する」として、まず輓の景観利益に私法上の保護利益性を認めた上で、公有水面埋立法および瀬戸内海環境保全特別措置法の関係諸規定の趣旨を考慮し、さらに「輓の景観」が有する「価値及び回復困難性」等を加味した総合勘案により、当該私法上の景観利益が行政事件訴訟法上の「法律上の利益」をも構成する点にある。」に着目し、当該私法上の景観利益が行政事件訴訟法上の「法律上の利益」をも構成するという、巨理教授の言われる二段構えの慎重な論理構成をとった点を高く評価したい。

(二) 君が代斉唱事件最高裁判決と差止訴訟

(1) 平成二四年二月九日の最高裁判決（東京都公立学校君が代斉唱事件）は、差し止めに関する訴訟類型の整理の点で非常に重要であると考えられ得る。³¹

この事件の〈事実の概要〉は、以下の通りである。すなわち、

「Y1（東京都教育委員会―被告・控訴人・被上告人）の教育長は、都立学校の各校長宛てに、①入学式・卒業式等で教職員は国旗に向かって起立して国歌を斉唱し、その斉唱はピアノ伴奏等により行うこと、②に沿った校長の職務命令に従わない場合、服務上の責任を問われることを教職員に周知すること、等を内容とする通達を発した。式典の都度、各校長は上記通達を受けた職務命令を発し、その度に、Y1は職務命令違反の教職員らを懲戒処分とした。非違行為を繰り返した場合には量定が加重され、おおむね、一回目は戒告、二・三回目は減給、四回目以降は停職であり、免職処分はされていない。

都立学校教職員・元職員Xら（原告・被控訴人・上告人）のうち、在職者らが、Y1を相手に、①国旗に向かって起

立し国歌を斉唱する義務・その際ピアノ伴奏をする義務のないことの確認、②これらの義務違反を理由とする懲戒処分
の差止めを求めるとともに、全員が、Y2（東京都―被告・控訴人・被上告人）を相手に、慰謝料等の損害賠償を求め
て4次にわたり提訴（平成一六年改正行訴法の施行後、上記①②についても被告はY2⁽³²⁾）。

(2) 同判決の要旨を以下に掲げる⁽³³⁾。

(i) 通達・職務命令の処分性

「本件通達をもって、本件職務命令と不可分一体のものとしてこれと同視することはできず、本件職務命令を受ける
教職員に条件付きで懲戒処分を受けるという法的効果を生じさせるものとみることもでき」ず、処分性はない。「本件
職務命令も、……職務の遂行の在り方に関する校長の上司としての職務上の指示を内容とするものであって、教職員個
人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものではないから」処分性はない。教職員らは「懲戒処分の取
消訴訟等において本件通達を踏まえた本件職務命令の適法性を争い得るほか、……本件に係る事情の下では事前救済の
争訟方法においてもこれを争い得るのであり、……争訟方法の観点から権利利益の救済の実効性に欠けるところ」はな
い。

(ii) 差止訴訟の訴訟要件（一定の処分がされる蓋然性）

「本件差止めの訴えのうち免職処分の差止めを求める訴えは、当該処分がされる蓋然性を欠き、不適法」である。

(iii) 差止訴訟の訴訟要件（重大な損害を生ずるおそれ）

「行政庁が処分をする前に裁判所が事前にその適法性を判断して差し止めを命ずるのは、国民の権利利益の実効的な
救済及び司法と行政の権能の適切な均衡の双方の観点から、そのような判断と措置を事前に行わなければならないだけ

の救済の必要性がある場合である。」「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差し止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要する。」「本件通達を踏まえて懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、……懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、……一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず、処分がされる前に差し止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては上記『重大な損害を生ずるおそれ』がある」。

(iv) 差止訴訟の訴訟要件(補充性)

「本件通達及び本件職務命令は……取消訴訟等及び執行停止の対象とはならないものであり、また、……本件では懲戒処分 of 取消訴訟等及び執行停止との関係でも補充性の要件を欠くものではない。」「以上のほか、……事前救済の争訟方法として他に適当な方法」はない。

(v) 公的義務不存在確認訴訟(無名抗告訴訟)の適法性

「本件においては、……懲戒処分の差止めの訴えを適法に提起することができ、その本案において本件職務命令に基づく公的義務の存否が判断の対象となる以上、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、……懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟としては、法定抗告訴訟である差止めの訴えとの関係で事前救済の

争訟方法としての補充性の要件を欠き、他に適当な争訟方法があるものとして、不適法」である。

(vi) 公的義務不存在確認訴訟（当事者訴訟）の適法性

本件確認の訴えは、行政処分に関する不服の訴訟として構成する場合には無名抗告訴訟となるが、「本件通達を踏まえた本件職務命令に基づく公的義務の存在は、その違反が懲戒処分以外の処分事由との評価を受けることに伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生する危険の観点からも、都立学校の教職員の法的地位に現実の危険を及ぼし得るものといえるので、このような行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする訴訟として構成する場合には、公法上の当事者訴訟の一類型である公法上の法律関係に関する確認の訴え」と解される。「処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大する危険が現に存在する状況の下では、毎年度二回以上の各式典を契機として……処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な争訟方法であるということができ、確認の利益」が肯定される。

(3) 差し止めと最高裁判決の意義

最高裁は、本件について、差し止めに関して極めて重要な判断をしている。すなわち、(ii)で述べているように、免職処分の差し止め請求については、東京都の場合一度も当該処分がなされていないことをもって蓋然性がないとして不適法とされている。しかし、停職、減給および戒告については、これらの懲戒処分につき、一回目の違反に対しては戒告、二回目ないし三回目については減給、四回目以上は停職処分という形で反復継続的に行われており、行政事件訴

訟法三条七項の法定差止訴訟における一定の処分性を充たすと判断され、差止訴訟を適法と解したのである。しかし、最高裁判決は、直接には懲戒処分の方止訴訟ではないが、公的義務不存在確認訴訟の形をとりながら実質懲戒処分の差止めを狙う訴訟を無名抗告訴訟として位置付けた点も非常に注目に値する。すなわち、「(v) 公的義務不存在確認訴訟(無名抗告訴訟)の適法性」のところ、最高裁は、「本件においては、……懲戒処分の差止めの訴えを適法に提起することができ、その本案において本件職務命令に基づく公的義務の存否が判断の対象となる以上、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、……懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟としては、法定抗告訴訟である差止めの訴えとの関係で事前救済の争訟方法としての補充性の要件を欠き、他に適当な争訟方法があるものとして、不適法である。」としたことが注目できよう。ところが、さらに注目できるのは、懲戒処分以外の利益の差止めに関しても最高裁は判断している。すなわち、昇給停止という不利益の差止めを狙って公的義務不存在確認訴訟を提起することに対し、それを行政事件訴訟法四条の公法上の当事者訴訟として適法性を認めたのである。

(4) 君が代斉唱事件最高裁判決と憲法上の差止請求権

君が代斉唱事件最高裁判決は、差止訴訟に関して多くの訴訟類型があり得ることを示している。すなわち、行訴法三条七項の法定差止訴訟、同三条の無名抗告訴訟としての差止訴訟、同四条の当事者訴訟による差止訴訟等である。これら差止訴訟のそれぞれの適法性に関する最高裁判決から窺えるのは、国民に対して具体化された憲法上の差止請求権が同時に容認されていると感じ取れることである。それは同時に、憲法上の差止請求権を強化するものであろう。

(三) 飛行差止訴訟の展開

さて現今における差止訴訟中で、もつとも興味深いのは飛行差止訴訟の展開であろう。周知のように、騒音公害による大きな被害を被っている住民が、数々の飛行差止訴訟を提起してきたが、ここでは大きな節目となった三つの飛行差止訴訟を取り上げておきたい。①一つは大阪国際空港公害訴訟における最高裁昭和五六年一月一六日大法廷判決であり、②他の一つは厚木基地自衛隊機の飛行差止訴訟における最高裁平成五年二月二五日判決であり、③最後は、厚木基地訴訟で提起された自衛隊機の飛行差止請求に対する横浜地方裁判所（第一審）平成二六年五月二一日判決である。ここでは、これらの三つの判決を取り上げて差止訴訟に関して考察したい。

(1) 大阪国際空港公害訴訟最高裁判決においては、民事による差止訴訟が提起されたが、周知のように、大法廷は、「航空行政権」というまったく新たな公権力を突如構成し、それによって民事上の差止訴訟を却下した。ただし、損害賠償請求は一部認めた。⁽³⁷⁾そして、もつとも注目したいのは、その際、最高裁は「行政訴訟の方法により何らかの請求をすることができるかどうかはともかくとして」という有名な言葉を判旨のなかで述べていた。いうまでもなく、昭和五六年の段階では今日の行政事件訴訟法（平成一六年に大改正された）におけるような「一定の処分差止訴訟」という訴訟形式は法定化されていなかった。そのため、最高裁の判旨からすれば、「当時ありもしない訴訟形式で争うならともかく」ということになるから、大変失礼な判決とも受け取られていた。しかし根本的な批判は、大法廷判決が、明確な法律上の根拠がないにもかかわらず、「航空行政権」という公権力を構成したことは、法治主義からみても大きな問題がある、とされたのである。⁽³⁸⁾

(2) 厚木基地自衛隊機の飛行差止訴訟と最高裁判決⁽³⁹⁾

ところで、さらに注目すべき判決として、厚木基地自衛隊機の飛行差止訴訟最高裁判決がある。⁽⁴⁰⁾ この訴訟においても、民事上の差止訴訟で自衛隊機の飛行差止止めが訴求された。大阪国際空港訴訟最高裁判決の判例の流れからすると、予想として最高裁は、民事上の差止訴訟を退けるために「防衛行政権」を提示するのではないかと考えられた。しかし最高裁は、平成五年、新たな考え方を提起した。すなわち、「防衛庁長官の自衛隊機の運航を統括する権限を自衛隊法八条に求め、航空機の安全性に関する諸基準を定立しなければならないこと、自衛隊法一〇七条五項が航空機による災害を防止し公共の安全を確保するため必要な措置を講じなければならないと定めているところから、防衛庁長官の航空の安全および航空に起因する障害の防止を行う権限を導いた。⁽⁴¹⁾」すなわち、最高裁は、防衛庁長官が「自衛隊機の運航を統括し、その航行の安全及び航行に起因する障害の防止を図るため必要な規制を行う権限」を有することを指摘した。うえ、自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響は「飛行場周辺に広く及ぶことが不可避」であるから、防衛庁長官による当該権限の行使が自衛隊機の運航に必然的に伴う騒音等について「周辺住民の受忍を義務づける」ものであり、それは騒音等により影響を受ける周辺住民との関係において「公権力の行使に当たる行為」というべきであるとする。そして、そうであるがゆえに、民事上の請求としての自衛隊機の差止請求は、不適法であるとされた。⁽⁴²⁾

しかしこの考え方は学会にはまったく受け入れられないものであった。その理由は、「自衛隊法八条は内部的な規定であり、一〇七条五項は防衛庁長官に災害を防止し公共の安全を確保する責務を課した規定である。一〇七条五項から周辺環境に配慮すべき責務を負っていると言うことはできても、一般的・抽象的な責務規定から個別具体的な権力的作用の根拠を導くことはできないのであって、周辺住民に騒音を受忍することを義務付ける根拠とはなり得ない。」⁽⁴³⁾と批判されたのである。それゆえ、昭和五十六年の大阪国際空港訴訟最高裁判決はまず最初の誤りを犯し、次いで平成五年

には厚木基地自衛隊機の飛行差止訴訟で、最高裁は「誤りのうえに誤りを重ねたものといわざるを得ない」⁽⁴⁴⁾、あるいは「誤りの厚着」をしてしまったと批判されうところであった。

ところが、この平成五年の厚木基地自衛隊機の飛行差止訴訟最高裁判決においても、最高裁は、「行政訴訟としてどのような要件の下にどのような請求をすることができるともかくとして」⁽⁴⁵⁾と述べて、かつての大阪国際空港最高裁判決と同じ表現を再び繰り返した述べたのであった。この点についても、学会からは強い批判が寄せられていた。

(3) 厚木基地自衛隊機の飛行差止訴訟横浜地方裁判所（第一審）判決

さて、平成二六年五月二一日、横浜地裁は、厚木基地自衛隊機の飛行差止訴訟において、行政事件訴訟法上、遂に差止めを認容する判決を言い渡した。⁽⁴⁶⁾しかし注目すべきは差止判決の結論のみならず、その思考方法である。横浜地裁は、平成五年の厚木基地最高裁判決と同じように、本来は防衛大臣の行政内部の権限行使にとどまるべきところ、従ってそれ自体としては処分性はないと考えるべきところ、住民は当然に受忍しなければならず、そこに公権力性が認められると考えたのであった。ところが、この点をとらえて横浜地裁は「特殊な処分」と位置付けた。すなわち、同地裁は、防衛大臣の権限にかかる自衛隊機の運航をもって「自衛隊機運航処分」と命名し、それが抗告訴訟の対象となる「行政処分」であるとした。⁽⁴⁷⁾この思考論理は、行政法学からは厳しい批判が浴びせられよう。

しかも同地裁は、当該処分は事実行為であって「通常の行政処分」とは異なる特殊性があり、法定された差止訴訟（行政事件訴訟法三条七項）にはなじまないが、無名抗告訴訟（すなわち法定外抗告訴訟）⁽⁴⁸⁾としては適法であるとし、しかも重大な損害を被っているとして、公権力の行使を事前に差し止める判決を言い渡した。同判決に対して、櫻井教授は、「『処分』に権力的事実行為が含まれることについては議論の余地はなく、法定の差止訴訟が要件とする『一定の

処分』の観念が困難であるがゆえにこの訴訟類型が使えないという立論には疑問がある。受刑者が刑務所長による定期的な頭髪剪剃の事前差止めを求めた事案につき訴えを適法とした裁判例（東京地判昭和三八年七月二九日判例特報一三六頁）との類似性や、差止訴訟が法定されたそもそもの趣旨および経緯、さらに『実効的救済』を重視する近年の裁判例の傾向を想起するべきである」と批判されている。⁽⁵⁰⁾

しかし、この横浜地裁判決の意義は、まさしく公権力の行使に対して、行政事件訴訟法の抗告訴訟としての差止訴訟（無名抗告訴訟）を容認したことにある。しかも救済上の観点で、特殊な処分として位置付け、無名抗告訴訟により積極的に差止めを認容する判決を言い渡した。⁽⁵¹⁾このことは、昭和五六年大阪国際空港訴訟において最高裁判決が民事上の差止訴訟は退けたが、その際「行政訴訟によるならともかく」と述べていたのをいわば「逆手」にとって行政訴訟として差止訴訟を積極的に活用した判決とみることができよう。同じように、平成五年の厚木基地自衛隊機の飛行差止訴訟においても、最高裁が「行政訴訟によるならともかく」と述べていたのを「逆手」にとった判決とみることでもできよう。

もちろん現行法制の下では抗告訴訟としての差止判決には執行力はない。しかしここでも塩野教授の言われる命題が当てはまる。すなわち、「ただ、わが国では、裁判所の判決に行政庁が従わないという事例が未だ生じていないので、判決の執行確保のための制度は置かれていない」と考えておけばよいと思う。⁽⁵²⁾

（四）民事差止訴訟の展開

（１）他方、民事上の差止訴訟も活発に展開している。⁽⁵³⁾前記の厚木基地自衛隊機の飛行差止訴訟横浜地方裁判所（第一審）判決の判決日（平成二六年五月二二日）と同じ日に、福井地裁は、関西電力に対し大飯原発三、四号機の運転再

開の差止請求を認容する判決を言い渡した。⁽⁵⁴⁾ すなわち、東西の裁判所で同日に差止判決が下されたのである。

(2) 福井地裁は、原発の稼働は、電気を生み出すための一手段として経済活動の自由に属するもので、憲法上は生命を守り生活を維持するという人格権の中核部分よりも劣位に置かれるべきものとし、大きな自然災害や戦争以外で根源的な権利が極めて広範に奪われる事態を招く可能性があるのは原発の事故の他は想定し難いとし、このような危険をはらむ経済活動は、具体的な危険性が万が一でもあれば、差し止めが認められるのは当然だと考えている。そして、同地裁は、原発技術の危険性の本質、被害の大きさは、福島第一原発事故を通じて十分に明らかになったとする。その後、大飯原発で具体的な危険性があるかどうかの判断を避けることは裁判所に課された最も重要な責務を放棄するに等しいとも判断している。さらに同地裁は、原発は運転停止後も電気と水で原子炉の冷却を継続しなければならず、他の技術の多くが、運転停止という単純な操作で被害拡大の要因の多くを除去できるのとは異なるとし、施設の損傷に結びつくような地震が起きた場合、止める、冷やす、閉じ込めるという三つがそろって初めて原発の安全性が保たれる。大飯原発には冷やすという機能と閉じ込めるという構造に欠陥があると断じ、民事上の差止判決を言い渡した。

(3) このように民事上の差止訴訟で差止判決が言い渡され、国民は私人に対しても差止判決を求めることが可能なのである。

二 原状回復請求訴訟認容判決の展開

(1) 我が国において、原状回復は、取消訴訟の取消判決により達成できる。これに対してドイツでは、さらに、実体法上の結果除去請求権あるいは原状回復請求権が、判例・学説により認められている。⁽⁵⁵⁾ 高木光教授によれば、「ドイ

ツにおける『結果除去請求権』は、『行政行為』という形式による『侵害』に対してのみならず、『事実行為』による『侵害』に対しても発生するものとされる。そして、侵害を受けた者が権利救済を求める場合に、前者では『取消訴訟』が受け皿になるのに対し、後者では『一般的給付訴訟』(allgemeine Leistungsklage)が受け皿となる。また、『一般的給付訴訟』は、行政行為の差止訴訟の受け皿でもある。この場合、重要なのは、『一般的給付訴訟』という訴訟類型について、行政裁判所法等に特別の規定が置かれていないわけではないが、それを利用できることは当然とされることである。すなわち、ここでは『権利あるところ救済あり』という発想がされるのである。⁽⁵⁷⁾

本稿において、私がドイツの結果除去請求権に言及するのは、その法理は、原状回復請求権と同旨であり、権利や地位そのものの存在・存立を保障するということに存する。すなわち、『受忍せよ、そして補償を求めよ』という法理とは対照的に異なる法理である。前述の昭和五六年の大阪国際空港訴訟最高裁判決および平成五年の厚木基地自衛隊機の飛行差止訴訟最高裁判決などは、『公権力の行使には従え、そして補償で我慢せよ』との法理がよく当てはまるものである。

(2) しかし、我が国においても、ドイツの結果除去請求権または原状回復請求権の発展線上にあるとされうる社会法上の回復請求権または実現請求権⁽⁵⁸⁾を認める判決が言い渡された。それは、時効を理由に二三年分の遺族年金を受給できなかった兵庫県の六〇代女性が、不支給処分を取り消し等を国に求めた平成二六年五月二九日の大阪地裁判決である。⁽⁵⁹⁾田中健治裁判長は、社会保険事務所が窓口でずさんな対応を繰り返したため、女性が年金記録の存在を長期間証明できなかったと判断し、「国の時効の主張は信義則に反する」として、二三年分の年金、合計約二二〇〇万円の支払いを国に命じた。

訴えによると、女性の夫は昭和五六年に死亡したが、女性は六〇年ごろから何度も夫の年金手帳を持って社会保険事務所を訪ねたところ、「記録がない」と言われた。問題発覚後の平成二一年九月、社会保険庁（当時）は年金受給権を認めたが、時効（五年）を理由に平成一六年四月分以降のみ支給した。

判決は、当該女性が一〇回程度、同事務所を訪問したと認定し、「組織全体で不適切な取り扱いを繰り返した」と一連の対応を批判し、時効の主張を退けた。

（３）この判決は、国民の権利そのものの存在・存立を尊重し、原状回復を命じた判決とも評価できよう。なるほど、大阪地裁は法理としては信義誠実原則を適用して救済しているが、実質的には、年金受給権の存在そのものを認め、原状回復を認めたと理解できよう。その意味で、ドイツでの公法上の結果除去請求権、とりわけ社会法上の回復請求権（実現請求権）が、我が国においても展開し始めた^{（60）}と考えることも可能と思われる。その理由としては、ドイツの公法上の結果除去請求権ないし原状回復請求権の根拠は、通説によれば三段階説、すなわち第一段階に正義に反すること、第二段階に法律による原則に違反すること、第三段階として基本権の統合性が唱えられる^{（61）}。平成二六年五月二九日大阪地裁判決は、信義誠実違反としているが、これはドイツでいえば正義に反するものと捉えることができよう。しかも厚生労働大臣は「記録がない」と誤った判断をしていた。国の時効消滅の主張は、国民年金受給権という社会法上の権利を侵害している。従って法治主義違反が存在している。そのうえ、基本的人権の統合性は我が国でも尊重されるべきであろう。これらの三つの段階判断からすれば、ドイツでいえば、結果除去請求権あるいは社会法上の回復請求権が認められることができる。それを我が国においても認めるべきことはいうまでもない。

(4) 原状回復請求権の我が国における意義

今日、盛んに議論されている過誤納金に対する損害賠償請求訴訟において、最高裁判決は、公定力とは関係なく、民法七二四条の適用を認め、不法行為があつたときから二〇年前に遡及して損害賠償請求を認めたが、もし行政法上の結果除去請求権または原状回復請求権を我が国にも根拠づけることができれば、ドイツのように、原状回復請求権には時効がないとの原則に基づき、さらに遡及して過誤納金の原状回復を求めることが可能になろう。⁽⁶³⁾

もちろん、原状回復の問題は、我が国の場合、行訴法の取消判決の拘束力(同法三三条)により多くの問題を解決できるとする余地もあるが、前述の例のように、取消判決とは関係なく、原状回復請求権により独自の救済手段を提供することができるのである。⁽⁶⁴⁾

(5) ところで、景観訴訟について、平成一四年二月一八日の国立マンション景観訴訟東京地裁判決が、民事上の不法行為責任を認め、完成したマンションであるにもかかわらず、二〇メートル以上の部分を撤去せよとの判決を言い渡した。⁽⁶⁵⁾ この東京地裁判決は、後に東京高裁判決、最高裁判決により退けられたが、二〇メートル以上の部分を撤去せよとの判決の趣旨からすれば、私は、この判決を、原状回復を命ずるものと捉えたい。すなわち、景観訴訟において行政法学上における原状回復責任の考え方を導入したと捉えたい。そして原状回復責任を景観保護に導入する視点を、民法学の富井利安教授は、景観訴訟において公法学から原状回復責任が唱えられているとして評価されている。⁽⁶⁶⁾

(6) 現在、我が国において多くの景観訴訟が提起されているが、それに伴い、景観権あるいは法律上保護された利益としての景観利益の法的性質について多角的に研究が進展している。⁽⁶⁹⁾ そのなかで、たとえば、ドイツにおける問題点

を紹介するものとして、アレクサンダー・ポイケルト「価値ある都市景観の民法による保護? —— 個別的法益・集合的法益の保護について——」がある。⁽²⁰⁾ 同教授の講演によれば、ドイツでは、景観利益は公益の問題であり、主観的な権利利益の入り込む余地はなさそうである。

しかし、我が国の場合において、前述の平成一四年東京地裁判決は、景観利益を所有権から派生する利益として捉え、民法七〇九条の不法行為から保護される法律上の利益として認めている。しかも平成一八年最高裁判決も、根拠は必ずしも明白ではないが、景観利益を客観的な利益として捉えることができるとし、景観利益を一定の場合に民法上保護される個人の法律上の利益として認めた。これを受けて、平成二十一年一〇月一日の広島地裁判決は、行政事件訴訟法上の差止訴訟に関して、鞆の浦の住民に対して、基盤的には平成一八年最高裁判決にならない、民事上の法的に保護された個別的利益としての景観利益を認め、その上にさらに、行政事件訴訟法九条二項に基づき、関連する法令である瀬戸内法の趣旨目的をも考慮して、法律上保護された景観利益を強固に認めたのである。

私は、景観利益は、様々な性質を有すると考え、多元的に捉えてよいと考える。すなわち、基本的には憲法一三条の幸福追求権および個人の人格的利益として捉えながら、国立マンション景観事件のように地権者が七〇年以上も長きに亘り相互理解と結束して高い建物（二〇メートル以上）を建てないと努力して作り上げた景観であるなら、所有権から派生する利益としてとらえてよいだろうし、鞆の浦のように自然景観の場合には、瀬戸内法等の関連する法令の趣旨目的も考慮して、地域住民に広く法律上保護される利益を認めてもよいと考える。いずれにせよ、実体法上の利益としての景観利益を承認し、それにふさわしい訴訟形式を選択できるようにすることが今日重要と考えるのである。

そして、ドイツでは景観利益は公益と考えられているようであるが、我が国においては、公益は私益の総体として捉えられ始めていることもあり、⁽²¹⁾ 景観利益を公益と捉えても、その背後には個別的主観的な利益としての景観利益も含む

と解釈できる時代となっているように感じる。しかも、もし景観利益を法律上保護された利益として認めるなら、その利益が侵されたとき原状回復を求めることもできると考えたい。

(7) 国に原状回復義務を命ずる判決の例

(i) なお、最近、原状回復請求権を国民に認める判決ではないが、国に原状回復義務を命ずる判決の例が現れた。事件は、「山口県岩国市在住の控訴人（原告）らが、米海兵隊と海上自衛隊が使用する岩国飛行場の沖合移設に伴う本件公有水面の埋立事業に係る山口県知事による本件承認処分について、主位的に、本件承認処分は、本件埋立事業においては、当初から基地機能の強化を目論んでいたのに、本件公有水面の埋立承認に係る出願に際し、本件沖合移設の目的が岩国飛行場における安全の確保と航空機騒音の緩和にあると偽ったなどの国の脱法行為を看過してなされたものであるなどと主張して、山口県知事が所属する地方公共団体である被控訴人に対し、本件承認処分の取消しを求め、予備的に、控訴人らが、山口県知事による本件変更承認について、同承認が行政処分に該当することを前提として、本件変更承認に係る添付図書の変更内容は実質的には公有水面埋立法一三条の二が規定する『用途の変更』に該当するにもかかわらず、埋立法所定の用途変更手続（審査）が行われないまま本件変更承認がなされたなどと主張して、被控訴人に対し、本件変更承認の取消しを求めた」事例であるが、一審（平成二四年六月六日）山口地裁は、「本件埋立事業に係る本件公有水面の埋立工事は既に竣功しており、本件埋立事業に係る埋立地を海面に回復して原状回復を図ることは社会通念に照らして法律上不可能であり、また、公有水面埋立法の建前によれば、国が行う埋立ての場合、埋立承認の効力が消滅しても、国は原状回復義務を負わないとして、本件承認処分及び本件変更承認の各取消しを求める訴えの利益は存しないとして、主位的請求及び予備的請求いずれについても訴えを不適法として却下した」ため、控訴人らが控訴

した事案において、広島高裁（控訴審）判決（平成二五年一月一三日）は、公有水面埋立法四二条三項が同法三五条一項本文を準用していないとしても、同法の趣旨によれば、国による公有水面の埋立事業に係る県知事による埋立承認の効力が消滅した場合、国は都道府県知事に対して原状回復義務を負うと解するのが相当であり、このことは埋立工事の竣工後に埋立承認の効力が消滅した場合にも等しく当てはまるといふべきであるとして、前記承認処分⁽⁷²⁾の取消しを求める訴えの利益を認めた。しかし同高裁は、前記訴えは出訴期間経過後に提起され不適法なものであるとした。

(ii) この判決は、国民に原状回復請求権そのものを与えた判決ではないが、原状回復請求権も、それが法的に不可能な場合にはそもそも認められず、損害賠償請求に転化しなければならないところ、裁判所が法的に原状回復義務を国に課した意義は大きいといえよう。

三 損害賠償請求訴訟容判決の展開

(1) さて、ドイツにおいては、既に述べたように、基本権の統合性あるいは基本権の武装化の考えによれば、基本権が侵害されそうになったら差し止めを、侵害されたらまず原状回復を、そしてもし原状回復が不可能なら損害賠償を請求できるとの考えが定着してきている。そのような基本権の統合性理論と比較してわが国の場合はどうのような状態にあるのかを本稿は探求するものである。これまで、差止訴訟における差止判決の展開、数少ないが原状回復を命ずる判決の展開を検討してきた。そこで最後に、権利利益が侵害された場合の補償の問題を考察したい。この点、近年注目に値する最高裁判決が言い渡されている。それは、固定資産の登録価格に関する審査申出等の制度の趣旨と国家賠償請求の可否をめぐる最高裁判決である。⁽⁷³⁾

(2) この事件の〈事実の概要〉は、以下のとおりである。

「名古屋市長は、昭和五五年度以降、法人X（原告・控訴人・上告人）の所有する倉庫が一般用の倉庫に該当するものと評価してその登録価格を決定し、（同市長から権限の委任を受けた）同市港区長は、同六二年度から平成一三年度まで、これに基づいて本件倉庫に対する固定資産税等の賦課決定を行った。登録価格の決定および賦課決定については不服申立前置主義が採られているところ、Xはいずれの決定に対しても不服申立て・取消訴訟を提起することなく、賦課決定どおりの税額を納付してきた。」ところが同区長は、平成一八年度に至って本件倉庫がより評価額の低い冷凍倉庫等に該当すると評価を改めたうえ、同一四年度から同一八年度までの登録価格を修正した旨をXに通知し、これら各年度に係る固定資産税等の減額更正を行った。そこでXは、国家賠償法一条一項に基づき、名古屋市Y（被告・被控訴人・被上告人）に対して、未還付となっていた昭和六二年度分から平成一三年度分までの固定資産税等の過納金相当額等の支払を求めて出訴した。」「一審（名古屋地判平成二〇・七・九判自三三三二号四三頁参照）および原審（名古屋高判平成二一・三・一三判自三三三二号四〇頁参照）は、国家賠償法に基づいて固定資産税等の過納金相当額を損害賠償請求を許容することは、実質的に、課税処分を取り消すことなく過納金の還付を請求することを認めたのと同一の効果を生じ、課税処分や登録価格の不服申立方法および期間を制限してその早期確定を図った地方税法の趣旨を潜脱するばかりか、課税処分の公定力をも実質的に否定することになって妥当ではないなどと判示して、Xの請求を棄却すべきものとした。これに対し、Xが上告受理を申し立て、受理された⁽⁷⁴⁾」。

(3) 判旨の内容は以下のとおりである。

(i) 「国家賠償法一条一項は、『国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又

は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。』と定めており、地方公共団体の公権力の行使に当たる公務員が、個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときは、当該地方公共団体がこれを賠償する責任を負う。前記のとおり、地方税法は、固定資産評価審査委員会に審査を申し出ることができる事項について不服がある固定資産税等の納税者は、同委員会に対する審査の申出及びその決定に対する取消しの訴えによってのみ争うことができる旨を規定するが、同規定は、固定資産課税台帳に登録された価格自体の修正を求める手続に関するものであって（四三五条一項参照）、当該価格の決定が公務員の職務上の法的義務に違背してされた場合における国家賠償責任を否定する根拠となるものではない。」

（ii）「原審は、国家賠償法に基づいて固定資産税等の過納金相当額に係る損害賠償請求を許容することは課税処分 of 公定力を實質的に否定することになり妥当ではないというが、行政処分が違法であることを理由として国家賠償請求をするについては、あらかじめ当該行政処分について取消し又は無効確認の判決を得なければならぬものではない。このことは、当該行政処分が金銭を納付させることを直接の目的としており、その違法を理由とする国家賠償請求を認容したとすれば、結果的に当該行政処分を取り消した場合と同様の経済的效果が得られるという場合であっても異なるというべきである。」

（iii）「そして、他に、違法な固定資産の価格の決定等によって損害を受けた納税者が国家賠償請求を行うことを否定する根拠となる規定等は見いだし難い。」

（iv）「したがって、たとい固定資産の価格の決定及びこれに基づく固定資産税等の賦課決定に無効事由が認められない場合であっても、公務員が納税者に対する職務上の法的義務に違背して当該固定資産の価格ないし固定資産税等の税額を過大に決定したときは、これによって損害を被った当該納税者は、地方税法四三二条一項本文に基づく審査の申出

及び同法四三四条一項に基づく取消訴訟等の手続を経るまでもなく、国家賠償請求を行い得るものと解すべきである。」と。

(4) 以上のように、最高裁判平成二二年六月三日判決は、一審(名古屋地裁)および、原審(名古屋高裁)とは異なり、たとえ金銭の給付を目的とする処分であっても、公定力とは関係なく、損害賠償を請求できるとした。それゆえ、民法七二四条により、たとえ時効にかかるとしても、それは、行為があったときから二〇年経過した後として、昭和六二年度分から平成一三年度分までの固定資産税等の過納金相当額等の支払を命じた。もちろん、地方税法により是正される五カ年分の是正、すなわち平成一四年度分から平成一八年度分までの固定資産税等の過納金相当額等については名古屋市により還付されている。争われたのは、還付されない昭和六二年度分から平成一三年度分までの固定資産税等の過納金相当額等の支払いであった。最高裁は、この部分について、民法七二四条により名古屋市に支払いを命じたのである。この判決自体、損害賠償請求権と公定力を切り離れた点でも有意義であるが、金銭の給付を目的とする処分の場合であっても、公定力と切り離して損害賠償請求を認めた点で大きな意義があろう。

(5) 新しい観点としての原状回復請求権の考え方

さて、以上のように、平成二二年六月三日最高裁判決は、それ自体高く評価されることができよう。しかし、私が問題とするのは、もし昭和六二年度以前の過納金があった場合、すなわち民法七二四条でも救済されない場合がある時、どう救済できるかである。自治体としては、補助金に関する規定である地方自治法三三二条の二を適用し、公益上必要がある場合として、補助金を交付する方策をとることも可能であろう⁽¹⁶⁾。しかし私は、この場合、ドイツの公法上の結果

除去請求権あるいは原状回復請求権を適用したい。しかもドイツでは「結果除去請求権に時効なし⁽⁷⁶⁾」とされるため、もし我が国に原状回復請求権が構築されることができれば、公法上の結果除去請求権により、上記の事例では、昭和六二年度以前にも過納金があった場合、それを原状回復請求権により救済できると考えるのである。⁽⁷⁷⁾従ってこの救済策が実現されると、まさにドイツの基本権の統合性理論を我が国にも実現できることになる。

註

(26) 判例地方自治三三三号一七頁、判例時報二〇六〇号三頁。

(27) 太田照美「景観訴訟の法律問題」(二〇〇九年、産大法学四三卷三・四号)九一頁以下参照。この論文で私は、景観訴訟について、とくに原状回復請求権との関連で分析している。さらに同論文では、景観利益の法的性質についても分析した。

(28) 山根裕子／高橋大祐「輦の浦埋立て・架橋計画差止判決(4)——本判決の位置付け——」(二〇一三年、時の法令一九六五号)四七頁以下参照。

(29) 高木光「行政法入門(五〇)」(二〇一〇年、自治実務セミナー四九巻六号)四頁以下、同(五一)(同八号)四頁以下、同(五三)(同一〇号)四頁以下参照。

(30) 亘理格「行政法判例の動き」(二〇一〇年、平成二二年度重要判例解説)三八頁参照。

(31) この極めて重要な判例に関する解説は、非常に多いが、石崎誠也「懲戒処分差止訴訟と義務不存在確認訴訟」(二〇一二年、行政判例百選Ⅱ(第六版))四四〇頁以下、橋本博之「行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴訟の適法性」(二〇一二年、平成二四年度重要判例解説)五一頁〜五二頁参照。

(32) 橋本・前掲五一頁参照。

(33) 石崎・前掲四四〇頁以下参照。

(34) これらの詳細については、高木光『行政訴訟論』三一七頁以下に詳しい(とりわけ、第三章・民事訴訟の限界が参考になる)。

- (35) 民集三五卷一〇号一三六九頁、判例時報一〇二五号三九頁、判例タイムズ四五五号一七一頁。
- (36) 民集四七卷二号六四三頁、判例時報一四五六号三三頁、判例タイムズ八一六号一一三頁。
- (37) 大阪国際空港訴訟最高裁判決については数多くの分析があるが、ここでは最も入手し易いものとして、深澤龍一郎「国営空港の供用差止め」(二〇一二年、行政判例百選Ⅱ(第六版) 三三六頁～三三七頁参照。
- (38) 深澤・前掲三二七頁参照。
- (39) 最判平成五年二月二五日、民集四七卷二号六四三頁、判例時報一四五六号三三頁、判例タイムズ八一六号一一三頁。
- (40) この最高裁判決についても、多くの論評があるが、さしあたり、須藤陽子「航空基地の供用差止め」(二〇一二年、行政判例百選Ⅱ(第六版) 三三八頁) 的確な分析をしている。
- (41) 須藤・前掲三二九頁参照。
- (42) 櫻井敬子「差止訴訟」(二〇一四年、自治実務セミナー五三卷九号) 一四頁以下参照。
- (43) 須藤・前掲三二九頁参照。
- (44) 高木・前掲書三三七頁参照。高木教授は、本判決は「自衛隊機に関する部分は、『公権力』という概念を操作して民事訴訟を排斥しようとしている点で、ある意味では大阪上告審の延長線上にあるといえる。しかし、本判決にはさらに、法政治行政の基本ともいえる『責務と権限の区別』を無視しているのではないか、『受忍義務』概念の用い方が独特で従来の理解から離れているのではないかなど多くの疑問があり、誤りのうえに誤りを重ねたものといわざるを得ない」と批判されている。
- (45) 須藤・前掲三二八頁参照。
- (46) 現在のところ、インターネット・裁判所ウェブサイトで同判決の全文を入手できる。
- (47) 櫻井・前掲一五頁参照。
- (48) 櫻井・前掲一五頁参照。
- (49) 法定外抗告訴訟については、高木・前掲書三一七頁以下(とりわけ一八五頁以下) 参照。
- (50) 櫻井・前掲一五頁参照。
- (51) ある意味では、救済のために形式的に処分性を認めたとも受け取れる。
- (52) 塩野『行政法Ⅱ「第五版」』二四四頁参照。

(53) なお、小松基地の自衛隊機の離着陸等の民事差止訴訟を適法とした金沢地裁判決（平成三年三月一三日判例時報一三七九号三頁）について、高木・前掲書三一七頁以下の分析が非常に参考になる。

(54) 同判決の全文はインターネット・裁判所ウェブサイトで参照できる。

(55) ドイツの公法上の結果除去請求権あるいは原状回復請求権については、太田照美『ドイツにおける公法上の結果除去請求権の研究』（二〇〇八年、有信堂高文社）を参照して頂ければ幸いである。同書のなかで、公法上の結果除去請求権の意義的根拠、要件、内容等に関する法解釈上の分析を行っている。

(56) なおドイツ行政裁判所法の全文の邦訳は、南博方（編）『注釈行政事件訴訟法』（一九七二年、有斐閣）四〇六頁以下参照。

(57) 高木光『義務付け訴訟・差止訴訟』『行政法の新構想Ⅲ・行政救済法』五六頁参照。

(58) 社会法上の回復請求権または実現請求権については、村上武則『給付行政の理論』（二〇〇二年、有信堂高文社）三六一頁以下参照。

(59) 全文は現在のところインターネット・裁判所ウェブサイトで入手できる。TKCによる同判決の概要は以下のとおりである。すなわち、「亡夫 α を被保険者とする国民年金法等の一部を改正する法律による改正前の厚生年金法に基づく遺族年金について、厚生労働大臣から、厚生年金保険の保険給付及び国民年金の給付に係る事項の特例等に関する法律一条に基づく特例給付を不支給とする決定を受けた原告が、被告（国）に対し、主位的請求として、本件決定の取消しを求めるとともに、昭和五六年四月分から平成一六年三月分までの上記遺族年金は時効により消滅していないなどとして、未払年金等の支払を求めた等の事案において、被告は、原告の重要な権利に関し、違法な取扱いをし、その行使を著しく困難にさせた結果、これを消滅時効にからせたという極めて例外的な場合に当たるといえるのであって、本件不支給部分に係る亡 α の遺族年金の支払請求に対し、被告が消滅時効の主張を行うことは、信義則に反し、許されないとし、未払年金の支払請求に係る原告の請求を一部認容した事例」である。なお、信義則による地方公共団体の時効主張を制限した最高裁判決（平成一九年二月六日、民集六一巻一・二二頁）が参考になろう。

(60) ドイツの社会法上の回復請求権（実現請求権）に関しては、村上・前掲書三六一頁以下のほか、村上武則「ドイツにおける公法上の結果除去請求権と実現請求権について」（一九九六年、阪大法学四六巻四号）一三頁以下、同「ドイツにおける社会法上の実現請求権について」（一九九六年、阪大法学四六巻五号）五頁以下、同「ドイツにおける社会法上の回復請求権に

- 関する覚え書き」(二〇〇九年、近畿大学法科大学院論集五号) 二九頁以下等参照。
- (61) 太田・前掲書五八頁以下参照。ただしドイツでは現在四段階理論が有力に説かれている。四段階には、権利を明確化するためにBGB一〇〇四条の類推が唱えられる。この点、太田・前掲書六五頁以下参照。
- (62) 最判平成二年六月三日民集六四卷四号一〇一〇頁。
- (63) 太田照美「租税過誤納金返還問題と公法上の原状回復請求権」(二〇一一年、産大法学四五卷一号) 一頁以下を参照していただければ幸いである。
- (64) 村上武則「再論・杉村敏正先生の行政法学と憲法原理」(二〇一四年、近畿大学法科大学院論集一〇号) 一六頁〜一七頁、同「杉村先生の行政法学と憲法原理」『杉村敏正先生の人と学問——杉村敏正先生追悼文集——』(二〇一四年、有斐閣) 九八頁参照。
- (65) 東京地判平成一四年二月一八日(判例時報一八二九号三六頁)。この東京地裁判決の判例批評は数多くあるが、簡潔に問題を分析するものとして、角松生史「地域地権者の『景観利益』」(二〇〇三年、地方自治判例百選「第三版」) 八〇頁〜八一頁が参考になる。
- (66) 東京高裁判決平成一六年一〇月二七日、判例時報一八七七号四〇頁。「本件控訴審判決は、景観認識の主観性と多様性、景観権は未だ成熟していないなどの理由で、原判決を取り消し、一審原告の請求をすべて棄却するものであった」(富井利安・環境法判例百選「第二版」、二〇一一年) 一七二頁参照。
- (67) 最高裁判決平成一八年三月三〇日民集六〇卷三号九四八頁、判例時報一九三二号三頁、判例タイムズ二二〇九号八七頁。なお本判決を簡潔に問題点を分析するものとして、富井利安「国立高層マンション景観侵害事件」(二〇一一年、環境法判例百選「第二版」) 一七二頁〜一七三頁参照。なお、同最高裁判決は、日本国憲法一三条の幸福追求権に基づくものである。
- (68) 富井利安「景観利益判決の射程」(二〇一二年、関東学院法学二巻二号) 一二頁参照。富井教授は、同頁(註38)で、村上武則「景観と差止めに関する覚え書き」(二〇一〇年、近畿大学法科大学院論集六号) 三四頁を紹介されている。
- (69) 私も景観権あるいは景観利益について考察を行っているので参照していただければ幸いである。太田照美「景観訴訟の法律問題」(二〇一〇年、産大法学四三巻三・四号) 七一頁以下参照。
- (70) 二〇一四年二月二六日に早稲田大学早稲田キャンパス(二六号館)において、吉田克己教授の司会のもとで行われた講演

会の題目である。ポイケルト教授はドイツ・フランクフルト大学教授である。当日の講演は、角松生史教授の翻訳が配布されているが、講演の内容は現在のところ公表されていない。

(71) 小田急高架化鉄道事業認可取消訴訟における最高裁判決（平成一七年二月七日大法廷判決）において、藤田宙靖裁判官が補足意見として述べられている命題である。

(72) 以上、インターネット（IKC）による。なお、この広島高裁判決については、本田博利「公有水面埋立法における国の原状回復義務の有無について（意見書）」（二〇一三年、愛媛法学雑誌四〇巻一・二号）一一三頁以下に詳しい分析がある。

(73) 最高裁平成二二年六月三日第一小法廷判決（民集六四巻四号一〇一〇頁、判例時報二〇八三号七一頁、判例タイムズ一三二六号九九頁）。

(74) 仲野武志「固定資産の登録価格に関する審査申出等の制度の趣旨と国家賠償請求の可否」（二〇一一年、平成二二年度重要判例解説）五六頁。

(75) ドイツの結果補償請求権と我が国の損失補償の考え方の関連について、太田照美「租税過誤納金問題と公法上の原状回復請求権」（二〇一一年、産大法学四五巻一号）三頁以下参照。

(76) もっとも、ドイツでは新債務法が施行され、時効期間に変化が生じている。そのことに関連して、太田・前掲二六頁で言及している。

(77) 太田・前掲一頁以下でこの問題を考察した。なお、過納金の還付請求権を（相続）財産とみなした最高裁判決（平成二二年一〇月一五日、民集六四巻七号一七六四頁）が参考になろう。

おわりに

以上のように、ドイツの基本権の統合性理論と我が国の展開について考察した。結論として、我が国においても、近年の判例の展開や学説の進展により、差止判決、義務付け判決、原状回復判決、損害賠償判決等が多方面に実現されて

いる。その結果、我が国においても、基本的人権の統合性請求権が、ドイツと同じとはいえないまでも、その方向で着実に発展している。しかし、差止判決、義務付け判決、損害賠償判決等は着実に増え続けているが、原状回復判決はあまりにも少ない。それゆえ、基本権または人権そのものの存立・存在を求める上で、我が国の場合は未だ不十分と言わざるをえない。今後、原状回復請求訴訟が増え、裁判所による認容判決が増えることを期待したい。そのときこそ、我が国の基本権人権の統合性が請求権として初めて認められることができよう。

最後に訴訟形式の問題を一言しておきたい。すなわち、民事訴訟法の給付訴訟、確認訴訟および形成訴訟の三訴訟類型のうち、原型はローマ法の給付訴訟であるといわれる。⁽⁷⁸⁾ローマ法は訴権 (actio) から訴訟法が始まったとされる。給付を求める訴訟が訴権として認められたのが、訴訟の原型とされるのである。その場合給付判決には強制執行を伴うとされた。そして、新たな訴訟形式としての確認訴訟が誕生したのは一八七七年のドイツの民事訴訟法が始まりであったとされる。この時は既に訴権の背後に、所有権等の実体法上の体系が構築されている。実体法上の権利の裁判所による存否の確認があれば、紛争は自ずから終息するのである。確認判決には強制執行は伴わないのである。最後に登場するのが形成訴訟であり、その特徴点は、形成判決が言い渡されると、離婚訴訟・離婚判決のように、新しい法律状態が自動的に形成されるとの意味でまさしく形成訴訟なのである。そして形成訴訟には強制執行は伴わないのである。たとえば、離婚判決が言い渡されても、それは法律上の婚姻関係が自動的に消滅するとされるだけで、その後、たとえ同様していても、手をつないで闊歩していても自由であり、離婚判決違反ということで強制執行されることはないのである。さて、行政事件訴訟法の取消訴訟は、上記の意味での形成訴訟とされる。⁽⁷⁹⁾すなわち、取消訴訟は裁判官が行政庁に取り消しを命ずるわけではないので、給付訴訟ではないことは明らかであるとされ、取消訴訟の排他的管轄にともない、取消判決があつて初めて行政庁が行った行政行為または処分が、覆滅され、新しい法状態が自動的に形成される

ので、取消訴訟は形成訴訟であると考えられている。⁽⁸⁰⁾

これに対して義務付け訴訟は、一定の処分の給付を義務付けるために給付訴訟であると考えられている。⁽⁸¹⁾新たに義務を形成させると捉えて義務付け訴訟を形成訴訟と捉えるのは、行政法理論にむしろ合わない考え方とされている。⁽⁸²⁾ 処分をする義務があることの確認訴訟も、訴訟形式として考えられるが、本論文で紹介したように、それは無名抗告訴訟としての義務付け訴訟と考えられている。

不作為を求める差止訴訟も、上記と同様に、一定の処分をさせない差止訴訟、すなわち給付訴訟と捉えられる。また、処分をしない義務の確認訴訟の場合には、無名抗告訴訟としての差止訴訟と捉えられている。

さて、取消訴訟においても、義務付け訴訟においても、また差止訴訟においても、背後に実体法上の権利・利益がその前提として考えられている。実体法上の権利利益と訴訟形式・訴訟手段が、相互に影響し合って存在している。

さらに平成一六年の行政事件訴訟法改正により、公法上の法律関係に関する確認の訴えが明文で定められた。これにより、行政事件訴訟法上、国民の権利救済の道が格段に整備されることになった。

このようにして、行政事件訴訟法においても、民事訴訟法と同じく、給付訴訟、確認訴訟および形成訴訟が存在することになり、民事訴訟法と同じように訴訟形式の三つの大動脈が整備されてきた。しかし、我が国においてドイツと比較すると、物足りないのは実体法上の権利利益についてである。とりわけ、原状回復請求権が我が国においては弱いと感じる。私は、行政事件訴訟法上の訴訟形式の整備強化に対応して、実体法上の権利利益も整備されなければならないと思う。その場合、権利や法的地位のなかに、原状回復を求める権利や地位を強化すべきことを希求する。そのことと関連して、基本権または基本的人權を強化し、あるいは武装して、ドイツのような基本権の統合性あるいは基本権に統合力を持たせるべきと感じる。

さらに付言することを許していただけるなら、私は、行政法は憲法の具体化法である⁽⁸³⁾とよく言われるが、もちろんそれは正しい命題と思う。しかし、今の時代は、憲法原理自体が行政権による解釈で変わりうる時代に入ってきているので、⁽⁸⁴⁾そのように行政権により変質させられた憲法の具体化法として行政法を捉えることにはやや躊躇を感じる。むしろ、行政法は具体化された憲法である⁽⁸⁵⁾と捉えたい。もちろん、行政法は憲法の具体化法であると十分に考えることもできるが、上記の理由で、行政法は具体化された憲法であると捉えることも、十分に意義あることと考えるたい。そこで私は、両命題はむしろ相互補完的に存在するものと捉えたい。たとえば、憲法三二条（裁判を受ける権利）から、その具体化法として行政事件訴訟法を捉えて、差止訴訟、義務付け訴訟、取消訴訟、および公法上の法律関係に関する確認訴訟等を導き出すこともいだろうし、逆に、様々な訴訟形式は、具体化された憲法として捉え、これらの訴訟形式は具体化された憲法三二条と考えることも、十分意義あることと思う。しかも具体化された憲法としての様々な訴訟形式が、日本国憲法の基本的人権を保障する救済手段として権利救済機能を果たすのである。このように、「行政法は憲法の具体化法である」と「行政法は具体化された憲法である」との二つの原理が相互に補完しあうべきことの意義を強調したい。そして、具体化された憲法としての差止訴訟、原状回復訴訟、損害賠償請求訴訟等をより実りあるものにするために、実体法上の権利・地位をより充実させ、統合性のある人権（人権の不可侵性）を確立したいと述べて、本稿を閉じたい。

註

(78) 三ヶ月章『民事訴訟法・法律学全集三五』（一九七四年、有斐閣）三六頁以下参照。

(79) 塩野宏『行政法Ⅱ「第五版」行政救済法』（二〇一〇年、有斐閣）一八二頁参照。

(80) 塩野・前掲書八八頁参照。

(81) 塩野・前掲書二三四頁参照。

(82) 塩野・前掲書二二六頁参照。

(83) 高田敏『新版・行政法』（二〇〇九年、有斐閣）の副題は、法治主義具体化法とある。

(84) しかし、あくまでも行政法は法であるので、憲法七三条一号により、行政権、あるいは内閣は「法律を誠実に執行」する機関であるから、憲法を有権的に解釈して憲法原理を変えることはおよそできないことであろう。けれども、実際には内閣の解釈により、憲法が変化しつつある。そこで、私は、行政法は憲法の具体化法であるとの命題を、全面的には支持せず、ひとまず留保したいのである。

(85) 行政法は具体化された憲法であると表現する例として、金子芳雄・広岡隆・山本徳榮『行政法・上巻（重要問題と解説）』（一九七四年、法学書院）七頁、村上武則「杉村先生の行政法学と憲法原理」『杉村敏正先生の人と学問——杉村敏正先生追悼文集——』（二〇一四年、有斐閣）八七頁、一〇三頁参照。私は、そのように表現するとき、趣旨は、行政法は法であるので、行政法を創設するのは、議会および法の番人としての司法権であるということを前提としている。ただし、古くロレンツ・フォン・シュタインは、「行政は活動する憲法である」と表現している。その趣旨は、上記の「行政法は具体化された憲法である」と同じように捉えておきたい。この点、村上武則「憲法原理と行政法理論体系」（二〇〇五年、公法研究六七号）七四頁（註3）参照。